Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

I.

Noch ein Beitrag zum Telegraphenrechte [1])

von

Herrn F. W. Busch,

Großherzogl. Sächs. u. Fürstl. Schwarzburg. Appellationsgerichtsvicepräsidenten a. D.

Seit den ältesten Zeiten bis jetzt gab es zwischen Abwesenden nur zwei Wege, auf welchen sie sich Nachrichten zukommen lassen und auch Verträge mit einander schließen konnten, nämlich per epistolam vel per nuntium, fr. 2, pr. de pactis, fr. 2 § 2, pr. de obligat. et action. Erst neuerer Zeit erfand man einen dritten Weg, auf welchem man überdieß schneller jenen Zweck erreichen konnte, und das ist der Telegraph. Geht man auf die Geschichte seiner Erfindung zurück, so geschah die Benachrichtigung durch Zeichen und zur gegenseitigen Verständigung diente sonach eine Zeichensprache, die aber nicht unmittelbar zwischen Denen, die mit einander reden wollten, sondern durch Mittelspersonen geführt wurde, die jene verstanden und sich allein der dazu erforderlichen Maschine, des Telegraphen bedienen durften.

Und das ist noch jetzt so, wenn auch die Telegraphie außerordentlich vervollkommnet ist. Dabei reicht aber eine Person nicht hin, und es sind mindestens zwei erforderlich, die eine, welche die Zeichen macht, und die andere, welche sie wahrnimmt und zu deuten versteht. Sollen aber Nachrichten auf telegraphischem Wege an weit entfernte Orte, die nicht in unmittelbarer telegraphischer Verbindung mit einander stehen, gebracht werden,

1) Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht XIX. Nr. VIII. S. 271 u. 456. Mittermaier in dies. Archiv Bd. 42 pag. 284 fg. Fuchs in demselben Bd. 43 pag. 94. Dr. M. von Stubenrauch in der östreich. Gerichtszeit. Jahrg. XII. M. XVIII.

so müssen noch auf den Zwischenstationen Personen vorhanden sein, die ebenfalls durch die erwähnte Zeichensprache die Nachricht weiter befördern; das heißt: Eine sagt sie der andern, bis die Nachricht zu der Station gelangt, wo sie dem Adressaten mitgetheilt wird. [2]) Wesentlich ist beim Telegraphiren durchaus nicht, daß die Nachricht, welche weiter befördert werden soll, dem betreffenden Telegraphenbeamten in schriftlicher Form überreicht werde, und ebensowenig, daß der Telegraphist auf der Abgabestation die Meldung dem Adressaten schriftlich zustellt; jetzt aber ist der größeren Sicherheit wegen beides so eingeführt und es hat sich in Folge dessen ein Sprachgebrauch gebildet, nach welchem man von Depeschen und zwar von Staats-, Dienst- u. Privat-Depeschen redet. Da man nun unter Depeschen früher nur eine unmittelbare schriftliche Erklärung des Absenders verstand und verstehen konnte, so führte das zu der offenbar falschen Auffassung, als seien auch die jetzigen telegraphischen Botschaften den Briefen gleich zu achten und folglich beweisfähige Urkunden, was sie durchaus nicht sind.

„Der Vorgang bei Versendung von Privatdepeschen — sagt Stubenrauch a. a. O. — besteht im Wesentlichen darin, daß derjenige, der eine telegraphische Mittheilung zu machen beabsichtigt, diese aufzeichnet und dem Telegraphenbeamten übergiebt. Letzterer befördert sie, — nicht im Originale, denn dieses wird im Telegraphenamte zurückbehalten — sondern ihrem wesentlichen Inhalte nach auf electrischem Wege und mit Anwendung der eigenthümlichen, bei der telegraphischen Correspondenz üblichen Zeichen an den Bestimmungsort. Hier wird die durch den Morse'schen Apparat bewirkte Aufzeichnung von dem Telegraphenamte entziffert, die Entzifferung zunächst in das sogenannte Depeschen-Annahme-Formular eingetragen und aus diesem endlich die (telegraphirte) Depesche unter Beisetzung der Unterschrift des Telegraphenbeamten an den Adressaten ausgefertiget und demselben zugestellt."

---

2) Solche Zwischenstationen können dadurch entstehen, daß eine Depesche an einer Station anlangt, wo sie liegen bleiben muß, bis sie weiter befördert werden kann, oder wo die Depesche auf eine ganz andere telegraphische Verbin-

Im Gebiete des telegraphischen Verkehrs sind nun verschiedene privatrechtliche Streitfragen entstanden, von denen ich folgende zu beantworten versuchen werde.

I.

Ehe und bevor auf telegraphischem Wege eine Meldung oder Botschaft abgehen und zwischen dem Absender und dem Empfänger der Botschaft ein Rechtsverhältniß begründet werden kann, muß erst ein Vertrag zwischen dem Absender und der Telegraphenverwaltung, resp. deren Organen abgeschlossen werden, in Folge dessen die Telegraphirung erfolgt.

Was ist das nun für ein Vertrag?

Fuchs erklärt ihn für eine locatio conductio operis. Das scheint mir aber nicht richtig zu sein; denn wenn ich eine telegraphische Meldung bestelle, so handelt es sich ja nicht um Verfertigung eines Werkes, sondern lediglich um Mittheilung einer Nachricht oder einer Willenserklärung an einen Dritten, die durch die telegraphische Zeichensprache erfolgen soll. Das, was man Depesche nennt, ist daher bloß das Mittel zum Zweck und das Wesentliche ist nicht das Zupapierbringen (Niederschreiben) der Botschaft auf der Abgabestation (dem Bestimmungsorte) durch den bei dieser angestellten Beamten, sondern die Mittheilung des Inhalts der Botschaft an den Adressaten. Kann man aber eine solche Mittheilung ein opus im Sinne der locatio conductio nennen? — Gewiß nicht; denn es wird ja von der Telegraphenverwaltung nichts weiter beansprucht, als daß sie eine Botschaft an den Adressaten gelangen, nicht, daß sie ein facsimile oder die Copie einer Urkunde für denselben fertigen soll. Die Aufgabe der Botschaft und die Mittheilung derselben an den Adressaten könnte eben so gut mündlich, wobei Niemand an ein opus denken wird, geschehen, und der Umstand, daß beides schriftlich zu erfolgen pflegt, kann die Natur des Geschäftes nicht ändern und eine Leistung, die ein opus nicht ist, in ein solches nicht umwandeln.

Noch klarer tritt dieses hervor, wenn man fragt: Welches

---

dungslinie durch einen Expressen ꝛc. gebracht werden muß, um dann wieder auf telegraphischem Wege weiter befördert zu werden.

denn eigentlich das zu liefernde opus sei? Ist es die Manipulation des Telegraphisten am Aufgabeorte, welche an diesem keine bleibenden Spuren zurückläßt und bloß auf der nächsten Station gewisse Zeichen hervorruft, oder ist es die Arbeit, bezüglich das Stück Papier, auf welches der Telegraphenbeamte am Ankunftsorte der Depesche Das schreibt, was er seiner Ueberzeugung nach gelesen resp. entziffert hat? Keines von allen, jedes für sich allein betrachtet, kann es sein; das Erste nicht, weil die Arbeit kein opus schafft, das Zweite nicht, weil das Entziffern ein opus ebenfalls nicht hervorruft, und weil die Niederschrift des Resultates der Entzifferung durchaus nicht nothwendig und weiter nichts ist, als eine zu Papier gebrachte Aussage des Telegraphisten darüber, daß und wie er die Zeichen verstanden habe.

Aber, wird man vielleicht einwenden, das Resultat der zusammengreifenden Arbeiten aller jener Personen ruft das opus hervor, und das ist eben die telegraphische Meldung, die man Depesche nennt. — Doch auch das ist nicht der Fall, denn das opus, welches Gegenstand der locatio conductio ist, vermag für sich allein nie Rechtsverhältnisse mit einem Dritten zu begründen; es ist selbst Zweck und Object des Vertrags, aus welchem es hervorgegangen ist, während die Depesche, als opus im weitern Sinne betrachtet, reine Nebensache und blos das Mittel zu einem ganz andern Zwecke ist, nämlich zu dem Zweck, einem Dritten eine Willenserklärung zugehen zu lassen. Das opus im erstern Sinne begründet blos ein Vertragsverhältniß zwischen dem Besteller und Verfertiger, der Inhalt der Botschaft aber, deren Schriftlichkeit durchaus unwesentlich ist, vermag erst ein Rechtsverhältniß zwischen dem Absender derselben und einem Dritten, (dem Adressaten) hervorzurufen.

Daß die Grundsätze, die von der locatio conductio operis gelten, auf den Depeschenverkehr unanwendbar sind, ergibt sich schon daraus, daß jene unter andern die Wirkung hat, daß der Besteller das opus nicht zu nehmen braucht, wenn es nicht der Bestellung gemäß gefertigt ist. Wie paßt das auch nur entfernt auf den telegraphischen Verkehr, wo der Besteller das sogenannte opus, die Depesche, gar nicht zu Gesicht bekömmt, solches vielmehr an einen Dritten gesendet wird, der es annehmen muß,

und welcher gar nicht beurtheilen kann, ob es der Beſtellung entſpricht!

Auch der Sprachgebrauch iſt ganz gegen die Annahme einer locatio conductio operis. Man denke nur an die alte Weiſe zu telegraphiren; — iſt da Jemand, wenn man ſah, daß der Telegraph in Thätigkeit war, eingefallen, zu ſagen: Es wird jetzt ein opus gefertigt? oder ſagte man nicht vielmehr: Es wird ſignaliſirt? Ferner: Wenn zwei des Schreibens unkundige Taube, von denen Jeder ſich einer beſondern Fingerſprache bedient und nur die ſeinige verſteht, den D, der beide Fingerſprachen kennt, zuziehen, um ſich gegenſeitig zu verſtehen, und dieſer nun durch die Zeichenſprachen den Dolmetſcher zwiſchen ihnen macht, — ſagt man von einem ſolchen Falle: der D habe ein opus zu fertigen unternommen und gefertigt? — Oder will man endlich von dem A, von welchem ich verlange, daß er unentgeltlich, oder gegen einen ausbedungenen Lohn zu dem B gehe und dieſem ſage, daß ich ihn heute nicht beſuchen würde, und der meinen Auftrag vollbringt, ſagen: er habe ein opus geliefert? — Und dennoch iſt dieſer Fall dem ganz gleich, wenn ich eine telegraphiſche Botſchaft an eine entfernte Perſon beſtelle; von den hierbei thätigen Telegraphiſten ſagt ſie der Eine dem Andern in der zwiſchen ihnen üblichen Zeichenſprache, bis ſie auf der Abgabeſtation dem Adreſſaten in der ihm verſtändlichen Sprache mitgetheilt wird.

Um eine locatio conductio operis handelt es ſich daher ſicherlich nicht; eher könnte man an eine locatio cond. operarum denken, weil die Annahme nahe liegt, daß die Telegraphenverwaltung die operae, d. h., die zur Beförderung der Botſchaft nothwendigen Dienſte reſp. Arbeiten durch ihre Beamten, die Telegraphiſten der verſchiedenen Stationen, verrichten und ſich dafür eine Vergütung bezahlen läßt. Hier entſteht aber wieder die Frage: Ob es ſich wirklich um eine locatio conductio und nicht vielmehr um einen Mandats- oder wenigſtens um einen dieſem gleich zu ſtellenden Vertrag handle? Ich bin der letztern Anſicht; indeſſen kann die nähere Erörterung dieſer Frage hier unterbleiben, da ſie keinen praktiſchen Werth hat; denn in Bezug auf die Präſtation der culpa finden zwiſchen den Contrahenten,

nämlich zwiſchen dem Beſteller der Botſchaft und der Eiſenbahnverwaltung, bei beiden Verträgen, der locatio conductio ſowohl, als dem Mandate, gleiche Grundſätze ſtatt.

Was aber das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Aufgeber der Botſchaft und dem Adreſſaten anlangt, ſo iſt die Telegraphenverwaltung immer als nuntius des Aufgebers zu betrachten, mögen die operae derſelben liberales oder illiberales ſein.

Denn daß die Telegraphen-Verwaltung reſp. ihre Beamten nuntii ſind, wenn der Aufgeber der Botſchaft ihnen den Inhalt derſelben mündlich mittheilt, darüber kann kein Zweifel ſein; aber auch dann, wenn ihnen dieſelbe ſchriftlich oder in Form eines Briefes zur Weiterbeförderung mitgetheilt wird, ſind ſie nuntii, denn ſie ſollen den Inhalt derſelben genau ſo, wie er lautet, weiter befördern; ſie überbringen daher lediglich fremden Willen, ſind Träger fremden Willens. Die ihnen ſchriftlich mitgetheilte Nachricht oder Willenserklärung dient ihnen lediglich zu ihrer Inſtruktion und etwaigen Rechtfertigung bezüglich der getreuen Ausführung des erhaltenen Auftrags, nimmt aber nicht die Natur eines Briefes an und begründet keineswegs ein Rechtsverhältniß zwiſchen dem Aufgeber und dem Adreſſaten. Sie iſt, ſo lange nicht ihre Mittheilung an den letztern erfolgt, für ihn eine ihm noch unbekannte res inter alios acta, nur Vorſchrift für den nuntius darüber, was er ausrichten ſoll, und erſt die dem Adreſſaten zugegangene Mittheilung des Inhaltes der Botſchaft iſt der förmliche und verbindende Ausdruck des Willens des Aufgebers, der für ihn und den Empfänger Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen vermag.

Das iſt wohl auch die Anſicht Mittermaier's a. a. O. pag. 283 wenn er ſagt:

„Der die Schrift ausfertigende Telegraphenbeamte gleicht einem „Mäkler, der die von einer Partei erhaltene, auf Abſchlie„ßung eines Geſchäfts ſich beziehende Erklärung der andern „Partei mittheilt und könnte inſofern als Zeuge betrachtet „werden."

Denn zwiſchen dem Mäkler und nuntius waltet der Unterſchied ob, daß dieſer nichts weiter thut, als daß er fremden Willen überbringt, während der Mäkler vermittelt, intervene-

rit fr. 2. D. de proxenet. Das letztere iſt nun aber bei den Telegraphenverwaltungen nicht der Fall, und darum können ſie, reſp. ihre Beamten nicht als Mäkler betrachtet werden.

Sämmtliche, die telegraphiſche Botſchaft befördernde und ausfertigende Beamte, mithin auch der, welcher ſie, immerhin ſchriftlich, dem Adreſſaten zuſtellt, ſind alſo nuntii, die Träger fremden Willens und darum willenloſe Werkzeuge deſſelben. Die Communication auf telegraphiſchem Wege geſchieht daher per nuntium und darum müſſen auf den telegraphiſchen Verkehr die Grundſätze vom Mandatscontracte angewendet werden.

Daß das Geſchäft, welches den Gegenſtand des ertheilten Auftrags bildet, auch in dem Abgeben einer Erklärung beſtehen kann, iſt ja bekannt, und kömmt täglich vor. Indeſſen wird die Natur des Geſchäftes dadurch nicht verändert, wenn man die telegraphiſche Depeſche als einen von der Telegraphenverwaltung im Auftrage des Aufgebers geſchriebenen Brief, deſſen Inhalt ihr von jenem, ihrem Mandanten, genau vorgeſchrieben iſt, betrachtet; es bleibt immer Mandat, nur aber iſt der Brief nicht eine vom Mandanten ſelbſt ausgeſtellte Urkunde und beweiſet als ſolche gegen ihn nicht unbedingt, m. a. W. ſie wird als eine von ihm ausgeſtellte Urkunde nicht eher betrachtet, als bis auf anderem Wege bewieſen iſt, daß er den Schreiber des Briefes beauftragt habe, denſelben ſo abzufaſſen, wie er abgefaßt iſt. Die Telegraphenverwaltung iſt der Mandatar und als ihre Procura ſtellt ſich das Original der ſchriftlichen Erklärung dar, die der Abſender ihrem Inhalte nach weiter befördert haben will.

Die Telegraphenverwaltung bleibt daher immer Mittelsperſon, mag ſie mündlich oder ſchriftlich ſich des Auftrags an den Dritten (den Adreſſaten) entledigen.

II.

Hiermit iſt nun ſchon die Beantwortung der zweiten Frage vorbereitet:

„Ob die dem Adreſſaten ſchriftlich überlieferte Botſchaft, alſo die ausgefertigte Depeſche, als eine für und gegen ihn beweiſende Urkunde betrachtet werden könne?“

Sie iſt meiner Anſicht nach zu verneinen.

Das Telegramm, d. h. der zu Papier gebrachte Inhalt der

Botschaft ist nichts weiter als eine schriftliche Relation des Beamten auf der Abgabestation über das, was ihm von seinem Vormanne mitgetheilt und auszurichten aufgetragen war; es ist weder das Original, noch die Abschrift der zur Bestellung aufgegebenen Botschaft (Depesche); jenes nicht aus dem von Fuchs pag. 97 erwähnten Grunde, weil ihm die Originalunterschrift des Absenders fehlt, dieses nicht, weil es aller Requisite einer Abschrift entbehrt und weil die Telegraphisten auf den Zwischenstationen sowohl, als auf der Abgabestation das Original gar nicht zu sehen bekommen haben; es ist daher gar keine Urkunde.

Fuchs ist anderer Meinung und tadelt Reyscher deshalb, weil er das Telegramm lediglich danach beurtheile, wie es zu Stande kam, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, wie der Absender das Telegramm vom Empfänger behandelt wissen wolle. Im Rechtsverhältnisse zwischen diesen beiden — sagt er pag. 98 weiter — handelt die Telegraphen-Verwaltung in Ausführung des übernommenen opus lediglich als Organ des Absenders und ich kann die Depesche nicht anders betrachten, als wie einen Brief, welchen ein Beauftragter Namens des Mandanten geschrieben hat.

Gleichwohl glaube ich, daß Reyscher Recht hat; denn wie soll man die Beweiskraft einer Urkunde anders beurtheilen, als nach ihrem Zustandekommen? — Zu dem ist Fuchs, ganz abgesehen davon, daß es sich nach dem Obigen um ein opus nicht handelt, den Beweis dafür schuldig geblieben, daß der Absender das Telegramm wie einen in seinem Auftrage geschriebenen Brief behandelt wissen wolle. Der Natur der Sache und der oben entwickelten Ansicht nach kann und wird der Absender dasselbe immer nur als eine per nuntium ertheilte Nachricht betrachten und betrachtet wissen wollen und am Wenigsten als das Original eines von ihm selbst geschriebenen Briefes. Und dennoch könnte diese Supposition allein die Wirkung haben, daß den Absender die Gefahr träfe; denn nur dann wäre anzunehmen, daß er sich selbst verschrieben und demnach den Schaden selbst verschuldet habe.

Meines Erachtens kann von einem Urkundenbeweise durch Depeschen allein gar nicht die Rede sein. — Daß erst die Zustellung derselben an den Adressaten zwischen diesem und dem

Abſender Rechtsverhältniſſe zu begründen vermag, habe ich ſchon oben bemerkt; aber demohngeachtet iſt die Depeſche weiter nichts, als eine unbeſchworene Zeugenausſage, keine epistola, kein Brief, wenn ſie auch in Briefform abgefaßt und der Name des Abſenders darunter verzeichnet iſt. Sie iſt immer eine von einem Dritten gefertigte Schrift und eben deshalb keine Beweis machende Urkunde; ſie gibt nur das, was dem Telegraphiſten am Abgabeorte von den früheren Stationen als Inhalt einer Originalurkunde mittels einer Zeichenſprache gemeldet worden iſt. Darum kann ſie auch über den Inhalt und die Auslegung der Willenserklärung des Abſenders nicht für maßgebend erachtet werden, weil der Telegraphenbeamte den Inhalt nur aus der ihm gemachten Mittheilung ſeines Vormannes kennt und er zu einer Interpretation der ihm mitgetheilten Worte gar nicht die Mittel beſitzt; er ſoll bloß entziffern, nicht interpretiren.

Das ausgefertigte Telegramm enthält weiter nichts, als ein Zeugniß darüber, was der Telegraphenbeamte am Beſtimmungsorte (der Abgabeſtation) durch die telegraphiſche Zeichenſprache mitgetheilt erhalten zu haben behauptet, wobei alſo noch nicht einmal feſtſteht, ob er richtig entziffert (oder geleſen) und ob er das richtig Entzifferte auch richtig niedergeſchrieben hat. Iſt darüber Streit, ſo muß auch das bewieſen werden. Wird, wie es der Fall iſt, die in Zeichen beſtehende Schrift auf der Abgabeſtation aufbewahrt, ſo kann dieſer Beweis noch durch Sachverſtändige oder auch durch Beibringung des Originals der am Aufgabeorte ſchriftlich niedergelegten Depeſche erbracht werden; denn wenn jenes mit der am Abgabeorte dem Adreſſaten zugefertigten Depeſche ſeinem Inhalte nach übereinſtimmt, ſo iſt meiner Anſicht nach vollſtändiger Beweis für die Richtigkeit der telegraphiſchen Botſchaft vorhanden. Denn wenn auch die Ausfertigung nichts weiter iſt, als eine vom Zeugen ſelbſt niedergeſchriebene unbeeidigte Ausſage, ſo beweiſet ſie doch um deswillen voll, weil der Inhalt der Botſchaft durch die Originalurkunde feſtſteht und die getreue Ausrichtung derſelben aus der Ausfertigung hervorgeht. Stimmen beide aber nicht überein, ſo ſteht feſt, daß dem Willen des Abſenders entgegen telegraphirt worden iſt, und es iſt mit einem Beweiſe durch die Depeſche ſowohl, als

mit einem durch die betreffenden Telegraphenbeamten zu führenden Zeugenbeweiſe vorbei, wenn auch dem Telegraphiſten auf der Abgabeſtation ein Verſehen nicht zur Laſt fallen ſollte; denn dann hätte immer einer ſeiner Vormänner falſch ſignaliſirt (telegraphirt).

Die an dem Beſtimmungsorte ausgefertigte Schrift, die man Depeſche nennt, iſt alſo nichts weiter, als eine unbeſchworene Zeugenausſage, und dadurch erledigt ſich die Frage: ob ſie eine öffentliche oder Privaturkunde im engeren Sinne des Wortes ſei, d. h. als Urkunde Beweiskraft habe, von ſelbſt; denn ſie iſt ja überhaupt keine ſolche. Noch weniger kann ſie einem Notariatsinſtrumente gleichgeſtellt werden, wie ſchon von Mittermaier a. a. O. pag. 281 und Andern gezeigt worden iſt. Die ausgefertigte Depeſche wird daher nie als Beweisurkunde anzuſehen ſein und bei einem Widerſpruche derſelben mit dem Original, d. h., mit der dem Telegraphenbeamten aufgegebenen ſchriftlichen Botſchaft, muß ſtets letztere den Ausſchlag geben.

Wie aber, wenn der Adreſſat behauptet, er habe die in Frage ſtehende Depeſche gar nicht erhalten, oder ſie habe anders gelautet, als gegneriſcherſeits behauptet worden, oder er beſitze ſie nicht mehr? Hier wird immer nur Zeugenbeweis durch den Telegraphenbeamten geführt werden müſſen, wobei der letztere ſeinem Gedächtniſſe dadurch zu Hülfe kommen darf, daß er ſein Journal (Depeſchen-Annahme-Formular) einſieht, dieſes vielleicht auch dem Richter zur Einſicht vorlegt, und dann ſeine Ausſage als Zeuge erſtattet. Es iſt dieſer Fall dem ganz gleich zu achten, wenn ein Mäkler nach Verlauf längerer Zeit über die näheren Umſtände eines durch ihn abgeſchloſſenen oder vermittelten Rechtsgeſchäfts als Zeuge vernommen werden ſoll, und ſein Journal herbei holt, um ſich die näheren Umſtände in's Gedächtniß zu rufen. Da, wo die Bücher verpflichteter Mäkler öffentlichen Glauben genießen, iſt freilich ein Urkundenbeweis möglich, außerdem bleibt aber auch der Mäkler ebenſo wie der betreffende Telegraphenbeamte, immer bloß ein Zeuge und es kommen die Grundſätze vom Zeugen — nicht die vom Urkundenbeweiſe in Anwendung.

III.

Die Entſcheidung der dritten Frage:

Hat der Abſender (Aufgeber) oder der Empfänger der Depeſche

den durch unrichtige Telegraphirung erwachsenen Schaden zu tragen?

ist nach der Ausführung unter I ganz identisch mit der Frage:

Ob der Absender des nuntius dem Adressaten auch dann verpflichtet wird, wenn der Bote sich des ihm ertheilten Auftrags falsch entlediget, mit andern Worten: wenn er dem Adressaten etwas Anderes mitgetheilt hat, als ihm mitzutheilen aufgetragen worden war.

Dabei ist es ganz einerlei, ob er sich der ihm aufgetragenen Botschaft mündlich oder mittelst einer an den Adressaten gerichteten Schrift, mag diese die Form eines Briefes, oder Rapports oder einer Depesche haben, entlediget; denn das ändert sein Verhältniß als nuntius nicht, indem dieser, eben weil der Kreis seiner Thätigkeit so scharf begrenzt ist, daß er denselben nicht um ein Haar breit überschreiten darf, dem Briefe gleichgestellt und lediglich als Träger fremden Willens betrachtet wird. Puchta Pand. § 273. Dessen Vorlesungen zu diesem Paragraphen. Selbst von Savigny im Obligationenrechte § 87 pag. 57 gibt zu, daß der nuntius bloß ein willenloses Werkzeug des ihn Absendenden sein könne, und daß ein solches die Telegraphenverwaltung, resp. der Telegraphist, wirklich ist, wird Niemand bezweifeln wollen. Uebrigens kömmt hierauf nichts an; denn der ganze Unterschied zwischen dem Abschlusse eines Geschäfts per nuntium und per institorem liegt darin, daß ersterer, vorausgesetzt, daß er sich in den Schranken eines nuntius hält, als Contrahent nicht angesehen und folglich von dem Dritten auch nicht belangt werden kann, während dieses bei dem in den Schranken der Prokura ebenfalls handelnden institor nicht der Fall ist, indem hier die Sache so angesehen wird, als habe er und sein Mandant contrahirt.

Für unsere Frage, d. h. für das Rechtsverhältniß zwischen dem Mandanten (Absender des nuntius) und dem Adressaten hat das keine unmittelbare praktische Bedeutung; denn weder der nuntius, noch der Mandatar kann über die Gränzen seines Auftrags hinaus seinen Mandanten verpflichten, resp. für den Adressaten Rechte gegen jenen begründen. Excedirt nun gleichwohl der Eine oder Andere, (der nuntius oder institor) so ist

keine Uebereinſtimmung des Willens zwiſchen dem Abſender der Botſchaft und dem Adreſſaten, ſonach aber ein Vertrag überhaupt nicht vorhanden und ich trete vollkommen Stubenrauch bei, wenn er a. a. O. ſagt:

„Iſt die telegraphiſche Meldung unrichtig ausgeführt, und fehlt es in Folge deſſen an der zu einem Vertrage nothwendigen Willensäußerung in Bezug auf die Weſenheit des Vertrages, z. E. auf die Gattung des abzuſchließenden Geſchäfts, den Gegenſtand des ertheilten Auftrags, den Preiß der Waare oder die bedungene Leiſtung, ſo iſt gar kein Vertrag vorhanden. Daß die Uebereinkunft ſcheinbar vorliegt, d. h. daß die telegraphiſche Acceptation der ausgefertigten Depeſche genau entſpricht, hebt die Verſchiedenheit des Willens und ſelbſt der Willensäußerung nicht auf."

Daß wenigſtens der mandans durch das Ueberſchreiten ſeines Auftrags Seitens des nuntius, institor oder procurator nicht verpflichtet wird, ſagen die Quellen beſtimmt und deutlich.

§ 8. Inst. III. 26.

Is qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati.

fr. 5. D. Mandati (XVII. 1.)

Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur

fr. 5 § 11 u. 12. D. de inst. art. (14. 3)

Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum, qui praeposuit; sed ita, si ejus rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est, duntaxat ad id, quod eum praeposuit.

§ 12. Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus ex emto actione. Item si forte ad emendum cum praeposuero, tenebor duntaxat ex vendito. Sed neque, si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum et ille emerit, debebit (debebo) teneri.

C. 10. C. de procurat. (II. 13)

Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id, quod gessit, nullum domino praejudicium facere poterit.

Daß dieſe geſetzliche Beſtimmungen auch auf den Verkehr durch telegraphiſche Depeſchen angewendet werden müſſen, unterliegt nach den Ausführungen unter I keinem Zweifel und ſie hätten daher auch in dem Oppenheimer-Weiller'ſchen Prozeſſe in Anwendung gebracht werden ſollen.

Oppenheimer in Cöln hatte ſchriftlich eine Depeſche an Weiller in Frankfurt des Inhalts beſtellt, daß letzterer Papiere aufkaufen ſolle. Die dem Weiller zugefertigte Depeſche lautete aber dahin, daß er (Weiller) die Papiere verkaufen ſolle. Das Landgericht zu Cöln verurtheilte den Oppenheimer, der von Weiller auf Schadenerſatz belangt worden war, aus dem Grunde, weil jener ſich eines unſichern Mittels (des Telegraphen) bedient und Vorſichtsmaßregeln verabſäumt habe, durch welche der Irrthum hätte vermieden oder unſchädlich gemacht werden können.

Weder Reyſcher noch Fuchs billigen dieſen Entſcheidungsgrund; insbeſondere will letzterer eine culpa des Abſenders darin nicht finden, daß dieſer unterläßt, vom Empfänger der Depeſche die Rücktelegraphirung ihres Inhaltes zu verlangen, und ebenſowenig will er dem Empfänger das Unterlaſſen einer wiederholten Anfrage über den Inhalt als Verſchulden anrechnen. In dieſem Allem und auch darin bin ich mit Fuchs einverſtanden, daß der Abſender der Depeſche den Willen ſich zu verpflichten, nur der von ihm in der Urkunde bezeichneten Perſon, dem Adreſſaten gegenüber habe, und daß, wenn die Depeſche falſch adreſſirt wird, der Abſender auch bei erfolgender Acceptation des Adreſſaten in keiner Weiſe verpflichtet werde, weil er mit dieſem nicht hat correſpondiren wollen, noch auch in Wirklichkeit correſpondirt hat. Aus dieſem von Fuchs angeführten Grunde folgt aber, daß lediglich der Wille des Abſenders das entſcheidende Moment iſt, und daß er um deswillen nicht verpflichtet wird, weil ſein Conſens fehlte, mit der Perſon, mit welcher correſpondirt resp. contrahirt worden iſt, zu correſpondiren resp. zu contrahiren. Offenbar iſt aber dieſer Fall dem ganz gleich, wenn der nuntius die ihm aufgetragene Botſchaft in einem weſentlichen Punkte falſch ausrichtet, denn auch hier iſt, ebenſo wie dort, eine Willensübereinſtimmung nicht vorhanden.

Fuchs behauptet zwar, daß man von der Vorausſetzung

ausgehen müsse, daß der Absender das Telegramm seinem eigenen Schreiben gleich, also doch wohl so angesehen wissen wolle, als habe er es eigenhändig geschrieben oder unterschrieben; aber selbst wenn diese Ansicht richtig wäre, so würde der Absender unter allen Umständen verpflichtet werden, es mag nun bezüglich der Adresse oder des Inhaltes ein Irrthum vorgegangen sein. Denn wenn ich bei der Weinhandlung X in Frankfurt a. M. 1 Eimer Wein von einer bestimmten Sorte bestelle, und diese mir solchen zusendet, so kann ich denselben nicht aus dem Grunde zurückweisen, weil ich meinen Bestellungsbrief habe an die Weinhandlung Z. daselbst addressiren wollen und mich in der Adresse bloß verschrieben hätte. Ganz dasselbe gilt, wenn ich mich in Bezug auf das Objekt des Kaufes verschreibe und z. B. statt eines Zentners Zucker einen Zentner Kaffee bestelle. Habe ich selbst den Brief geschrieben oder unterschrieben und er entspricht nicht meinem Willen, so trifft mich allein die Schuld und darum muß ich büßen, d. h. ich werde verpflichtet.

Ein Gleiches würde eintreten, wenn ich, der Absender einer Botschaft, dem Empfänger derselben erklärt hätte:

> er solle Alles, was ihm durch einen ihm benannten Boten von mir mündlich oder schriftlich, oder auch durch eine telegraphische Depesche mitgetheilt werde, unbedingt als meine eigene Willenserklärung ansehen;

denn dann werde ich dem Adressaten verbindlich, mag auch der nuntius meinen Auftrag noch so unrichtig verstanden und ausgeführt haben.

Aber darf man eine solche Erklärung, — und das ist die unerläßliche Vorfrage, — ohne Weiteres annehmen, oder richtiger suppliren?

Gewiß nicht! Die gesetzlichen Bestimmungen, die von dem Mandatsvertrage gelten und deren ich oben gedacht habe, stehen einer Bejahung der Frage diametral entgegen.

Fuchs stellt zwar die Frage anders, nämlich so:

> Wer bei unrichtiger Telegraphirung die Gefahr zu tragen habe?

und bürdet dieselbe dem Absender auf. Er sagt:

„Für den Vortheil der Schnelligkeit, welchen ihm in diesem

Maße kein anderer Communicationsweg zu bieten vermag, muß er das Riſico, welches die telegraphiſche Correſpondenz ihrer techniſchen Einrichtung gemäß nothwendig im Gefolge hat, mit in den Kauf nehmen. Er übernimmt ſtets ſtillſchweigend die Gefahr durch die Wahl dieſes Correſpondenzweges. Er hat die Gefahr zu übernehmen, nicht weil er ſie verſchuldet, ſondern weil er ſie in ſeinem eigenen Intereſſe veranlaßt hat."

Wenn es ſich de lege ferenda handelt, ſo ließe ſich dieſer Anſchauung vielleicht beitreten; aber noch zur Zeit fehlt es ihr an jeglicher geſetzlicher Begründung, ja ſie ſteht mit dem noch geltenden Rechte in Widerſpruch.

Auch läßt ſich von einem periculum im juriſtiſchen Sinne des Wortes, d. h. von einem durch casus entſtandenen Schaden von vornherein nicht reden, weil es ſich in unſerm Falle um einen verſchuldeten und nicht um einen caſuellen Schaden handelt; denn dadurch, daß die Telegraphenverwaltungen erklärt haben, ſie ſtänden für kein Verſehen ihrer Beamten ein, wird der von dieſen durch ihr Verſchulden entſtandene Schaden nicht in einen caſuellen verwandelt, er bleibt immer ein durch culpa oder dolus entſtandener.

Die Wahl des ſchnelleren Correſpondenzweges liegt überdies nicht allein in dem Intereſſe des Abſenders, ſondern auch in dem des Adreſſaten, denn Beide machen in der Regel Geſchäfte und jeder hat ſeinen Vortheil dabei; und wenn die telegraphiſche Correſpondenz ihrer techniſchen Einrichtung gemäß ein Riſico in ihrem Gefolge hat, ſo übernimmt dieſes der Adreſſat nach erhaltener Depeſche ſtillſchweigend dadurch, daß er dieſer gemäß handelt; denn Niemand zwingt ihn dazu und Niemand hindert ihn, daß er ſich gegen ein Riſico jener Art durch einen Vertrag mit dem Aufgeber der Depeſche oder dadurch ſichere, daß er erſt anfragt, ob ſolche wirklich ſo laute, wie ſie ihm mitgetheilt worden iſt. Zu derartigen Vorſichtsmaßregeln iſt er weit eher verpflichtet, als der Abſender, weil nicht dieſen, ſondern ihn der Nachtheil trifft, wenn er auf Grund der telegraphiſchen Botſchaft mit Andern Verträge abſchließt, welche, wenn jene ihm unrichtig mitgetheilt iſt, den Abſender derſelben nicht verpflichten. Will

man daher auf geſetzlichem Boden ſtehen bleiben, ſo kann man nur der Anſicht ſein:

daß der Abſender der Depeſche, im Falle ſie ſeinem Willen gemäß nicht ausgefertigt worden iſt, durch dieſelbe nicht verpflichtet werde, und er folglich auch für einen dadurch entſtandenen Schaden nicht einzuſtehen ſchuldig ſei.

Die einzige Ausnahme hiervon iſt die, deren ich ſchon oben gedacht habe, wenn nämlich zwiſchen dem Abſender und Empfänger etwas Anderes vereinbart worden iſt. Wenn aber Reyſcher noch eine ſtillſchweigende Uebernahme der Gefahr Seitens des Abſenders dann ſtatuirt, wenn zu ihm der Empfänger in einem fortdauernden Vertragsverhältniß ſteht, (namentlich als Commiſſionär oder Diener) ſo fehlt es dieſer Anſicht ebenſo, wie der von Fuchs, an dem Haupterforderniſſe einer ſtillſchweigenden Willenserklärung, nämlich an einer Thatſache, welche als factum concludens betrachtet werden kann. Gegen die Anſicht Reyſchers hat ſich auch Fuchs a. a. O. p. 101 u. 102 erklärt.

Verpflichtet nämlich ſogar der Institor in der Regel ſeinen Prinzipal nicht, wenn er die Gränzen ſeiner Vollmacht überſchreitet, ſo vermag dieſes noch weniger der bloße nuntius, weil derſelbe mit dem Adreſſaten, an den er geſendet iſt, inſofern er ihm bloß fremden Willen überbringt, in gar kein Vertragsverhältniß tritt. Theilt der institor, ſagt Thöl im Handelsrechte nur den Willen des Prinzipals mit, ſo iſt der Contract zwiſchen dem Prinzipal und dem Dritten geſchloſſen, mithin nur der Prinzipal, nicht der institor, aus demſelben verpflichtet und berechtigt. Der institor als nuntius ſteht kraft der actio doli für das Intereſſe ein, wenn der Wille des Principals ihm nicht ſo, wie er ihn mittheilt, mitgetheilt worden iſt. Allein hieraus folgt nicht, daß der durch den nuntius abgeſchloſſene Vertrag für den Mandanten verbindlich ſei, wenn jener dem Adreſſaten eine ganz andere Willenserkärung mitgetheilt hat, als die ihm vorgeſchriebene war; denn es fehlt dann an dem Conſenſe des Abſenders zu dem Vertrage, wie ihn der nuntius fälſchlicher- oder irrigerweiſe abgeſchloſſen hat, und es iſt daher, wie Stubenrauch richtig bemerkt, ein Vertrag zwiſchen dem Abſender und

Adressaten gar nicht vorhanden; wohl aber wird der die Gränzen seines Auftrags überschreitende Mandatar dem Dritten, mit dem er contrahirt hat, verantwortlich und verbindlich. Wenn der institor in gewissen, hierher nicht gehörigen und überdieß bestrittenen Fällen, — denn die Meinungen sind sehr verschieden [3]) — seinen Mandanten über die Gränzen des erhaltenen Auftrags hinaus verpflichten sollte und könnte, so würde dieses immer auf besonderen Gründen und auf den eigenthümlichen Verhältnissen des kaufmännischen institor beruhen, auf den bloßen nuntius aber nicht anwendbar sein. [4]) Ganz den von mir gegebenen Bestimmungen des römischen Rechts entsprechend lautet der Entwurf des deutschen Handelsgesetzbuchs. (S. unten IV.)

IV.

Hat sonach der Adressat auf Ersatz des Schadens, den er durch die unrichtige Ausführung der ihm mitgetheilten Depesche erleidet, gegen den Absender derselben keine Klage und kann er sich seines erlittenen Schadens wegen auch an die Telegraphenverwaltung um deswillen nicht halten, „weil dieselbe für die richtige Ueberkunft der Depeschen oder deren Ueberkunft und Zustellung inner-

3) Vgl. Glück im Comment. § 247. Unterholzner Lehre von Schuldverhältnissen I. § 198. Göschen Pand. Vorles. § 233. 4. Thöl Handelsrecht § 33. Seuffert Pand. Recht § 338. Nr. 2 § 339 und not. 4. Arndt's Lehrb. d. Pand. § 248. Puchta Pand. Vorles. § 279 in fin. Die letztern Beiden sprechen über den Fall, wenn der Mandatar die Gränzen der Vollmacht überschritten und der Mandant durch das mit dem Dritten eingegangene Geschäft bereichert worden ist. Dieser Fall ist aber nach den Grundsätzen, die über die negot. gestio gelten, zu beurtheilen.

4) Den kaufmännischen institor, jedenfalls den institor und nicht den nuntius hat Thöl § 33 im Auge und ebenso das Oberapellationsgericht in Jena. S. dessen Erkenntniß v. 1848 bei Emminghaus Pandecten S. 543 Nr. 13 und bei Seuffert im Arch. Bd. IV. Nr. 35. Auch die von Seuffert a. a. O. Bd. II. Nr. 41 mitgetheilte Entscheidung des O.-A.-Ger. in Lübeck gehört nicht hierher; denn bei ihr handelt es sich blos um die Interpretation des Umfanges des ertheilten Auftrags; im Gegentheil geht aus ihr hervor, daß der Mandant dann nicht hafte, wenn der Mandatar die lex mandati in einem wesentlichen Punkte überschritten hat, und so faßt auch Seuffert § 378 Nr. 2 das Erkenntniß auf. Auch Puchta in den Vorles. läßt die a. quasi institoria gegen den Mandanten dann nicht zu, wenn der Mandatar die Gränzen der Vollmacht überschritten hat.

halb bestimmter Fristen keinerlei Garantie leistet, und für Nachtheile nicht einsteht, welche durch Verlust, Verstümmelung oder Verspätung entstehen," [5]) so fragt sich:

Ob der Empfänger einer Depesche überhaupt noch ein Klagerecht habe und gegen Wen?

Aus jenen die Telegraphenverwaltungen für unverbindlich erklärenden autonomischen Bestimmungen folgt nicht, daß auch die Beamten derselben, welche die Unrichtigkeit oder Verspätung einer Depesche herbeiführen, für nicht haftpflichtig zu erklären seien, (siehe auch Stubenrauch a. a. O. und Fuchs a. a. O.) und es wird daher der Aufgeber der Depesche, welcher mit der Telegraphenverwaltung offenbar in Contractsverhältnissen steht, von dieser verlangen können, daß sie ihm die ihr direct gegen ihren fahrlässigen Beamten zustehende Klage cedire; — denn daß sie selbst sich der Haftpflicht entzogen hat, befreiet sie von jener Cessionspflicht nicht, — ja es muß dem Absender der Depesche sogar vermöge der juristischen Fiction der erfolgten Cession eine actio utilis tanquam cessa gegen den fahrlässigen Beamten zugesprochen werden. Aber freilich wird hierbei vorausgesetzt, daß dem Absender durch das Versehen des Telegraphenbeamten ein Schaden zugefügt worden sei; denn sonst fehlt es ihm an allem vermögensrechtlichen Interesse, um die Cession verlangen zu können.

Aber auch dem Empfänger der Depesche muß man gegen den fahrläßigen Telegraphenbeamten, vorausgesetzt, daß jenen ein Schaden, gleichviel, ob allein oder mit dem Absender zugleich trifft, eine Klage zusprechen; denn ich theile die Ansicht Reyscher's, daß durch Uebergabe der telegraphischen Depesche an den Adressaten und dessen Empfangnahme das Vertragsverhältniß, in welchem Anfangs und zunächst nur der Absender mit der Telegraphenverwaltung stand, sich erweitere, mit andern Worten, daß diese, resp. ihre Beamten nun auch mit dem Empfänger der Botschaft, vorausgesetzt, daß sie diesem unrichtig mitgetheilt wird, in ein Vertragsverhältniß treten; dagegen bleibt der nuntius außer allem Obligationsnexus mit dem Adressaten, wenn er diesem die Boschaft richtig überbringt resp. mittheilt.

5) Reglementsbestimmung zum Oestreichisch-deutschen Telegraphen-Vertrag. Vgl. Koch Deutschlands Eisenbahnen II. S. 352.

Thut er dieſes aber nicht, geſchehe dieſes doloſer- oder culpoſerweiſe, ſo fällt er aus ſeiner Rolle als nuntius und ſtellt ſich ſelbſt als Contrahent dar, oder muß ſich doch gefallen laſſen, ſo angeſehen und beurtheilt zu werden, als hätte er für ſich und auf ſeine Gefahr gehandelt, und dadurch wird er eben dem Empfänger der Depeſche für den Schaden, in welchen dieſer dadurch geräth, verantwortlich. Iſt auch ſeine Handlungsweiſe nicht völlig der eines Stellvertreters gleichzuſtellen, der ſich für einen procurator ausgibt, ein ſolcher aber in der Wirklichkeit nicht iſt, ſo kömmt ſie ihr doch ſehr nahe, und iſt von gleicher Wirkung für ihn, d. h. er haftet dem Empfänger der Botſchaft, mit dem er nun paciſcirt, als Selbſtſchuldner. [6]) Gegen ſeinen Auftraggeber, den Abſender der Depeſche hat der nuntius, wenn er gegen deſſen Willen gehandelt hat, weder die actio mandati, noch die actio neg. gestor. (L. 40 u. 41 D. mandati) und wenn ſich ihm die letztere auch in hierzu geeigneten Fällen nicht wird verſagen laſſen, ſo iſt er doch jedenfalls dem Empfänger der Botſchaft, inſoweit er die ihm geſtellten Gränzen überſchritt, und folglich ſelbſtſtändig handelnd auftritt, als Contrahent haftpflichtig, d. h. der Empfänger der Botſchaft hat gegen ihn ein Klagerecht, während er ein ſolches gegen den Abſender desjenigen nuntius, der über ſeinen Auftrag hinaus gehandelt hat, nicht hat. Allerdings kann der nuntius, der ſein Mandat überſchritten hat, nach Umſtänden als neg. gestor beurtheilt und ihm ein Klagerecht gegen ſeinen nun nicht mehr als Mandant, ſondern als dominus negotii zu betrachtenden Abſender haben; aber der Empfänger der Depeſche, der dem falſchen Auftrage gemäs handelt, hat gegen den Abſender, deſſen Auftrag ganz anders lautete, keine Klage, weder eine directe noch eine actio utilis. Denn die Geſchäfte die der n. gestor mit Dritten abſchließt, begründen nur ein Contraktsverhältniß zwiſchen ihm und dem Dritten, und dieſer hat gegen jenen, die aus dem Rechtsverhältniſſe entſpringende Contractsklage, die auf Erfüllung, bezüglich auf das volle Intereſſe geht; der dominus negotii bleibt hier ganz aus dem Spiele.

---

6) Sintenis Civilrecht. Th. II. § 102 S. 370 (ad I).

Diese dem römischen Rechte völlig entsprechende Ansicht hat auch der Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches zu der seinigen gemacht, indem der Art. 55 bestimmt:

„Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter schließt, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluß eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadenserſatz oder Erfüllung belangen."

Abgesehen von dieser aus einem Vertragsverhältnisse entspringenden Klage wird dem Beschädigten gegen den betreffenden Telegraphenbeamten, dessen dolus vorausgesetzt, die actio doli zustehen; und wenn Stubenrauch a. a. O. meint: es sei auch die Klage auf Schadenersatz aus dem allgemeinen Grunde der schuldbaren Beschädigung wider ihn begründet; so will ich, was das östreich'sche Recht anlangt, mich eines Urtheils enthalten, da aber, wo das römische Recht gilt, muß man ihm ebenfalls beitreten, da die Voraussetzungen eines damnum injuria datum vorhanden sind.

V.

Die letzte Frage, welche Stubenrauch a. a. O. aufwirft, ist die:

Binnen welcher Frist muß eine auf telegraphischem Wege gemachte Offerte angenommen werden, um einen Vertrag zu begründen?

Er bemerkt, daß hierüber zunächst das Uebereinkommen der Parteien entscheide; allein ein solches wird selten abgeschlossen werden, sondern wohl öfter der Fall vorliegen, wo der Offerent einseitig erklärt, daß er die Offerte als zurückgenommen betrachte, wenn nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkte ihre Acceptation erfolge, eine Beschränkung, die selbstverständlich in der Macht des Offerenten liegt. Wo aber weder der eine, noch der andere Fall vorliegt, bleibt es lediglich bei den freilich sehr lückenhaften und darum bestrittenen Bestimmungen des gemeinen Rechts [7])

7) S. Sintenis Civilrecht II. § 96 S. 245 ff. Seufferts Pand.-

und dem Verkehre durch telegraphische Depeschen kann man höchstens einen Einfluß auf das richterliche Ermessen insofern einräumen, daß dieses wegen des vom Offerenten gewählten schnelleren Communicationsweges für die abzuwartenden gegenseitigen Erklärungen der Betheiligten kürzere Fristen, als sonst, annehmen wird.

Auch der zu einer Zeit, wo längst der Verkehr mittelst telegraphischer Depeschen in der Handelswelt üblich war, zu Stande gekommene Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, gedenkt nicht eines Unterschiedes, wenn die Offerte auf telegraphischem, und wenn sie auf anderem Wege gemacht ist, sondern enthält über Verträge, die zwischen Abwesenden geschlossen werden, blos folgende Bestimmung:

Art. 319.

„Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letztern erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.

Tritt die rechtzeitig abgesandte Annahme erst nach diesem Zeitpunkte ein, so besteht der Vertrag nicht, wenn der Antragende in der Zwischenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat."

Demnach wird künftig wohl öfters die Frage entstehen: Wann ist der Zeitpunkt eingetreten, zu welchem der Offerent die Antwort auf die Offerte erwarten konnte?

Denn jener ist keineswegs in sein Ermessen gestellt und es hängt von dem Eintritte desselben sogar die Befugniß des Offerenten ab, die ihm zugegangene Acceptation noch zurückzuweisen. Bei der Bemessung und richterlichen Feststellung des erwähnten Zeitpunktes wird hauptsächlich der Inhalt des die Offerte ent-

Recht § 256. Arndt's Lehrb. der Pand. § 231 not. 3 und die weitere Literatur ebendas. Genaue Bestimmungen enthalten das preußische Landrecht I. Tit. V. § 90 ff. Das östreichische bürgerl. Gesetzbuch § 862 ff.

haltenden Briefes, inſoweit ſich aus demſelben der Wille des Offerenten auf Beſchleunigung der Antwort ergibt, entſcheidend ſein; wenn aber desfallſige Anhaltspunkte fehlen, ſo iſt die Beantwortung unſerer Frage für den Richter eine ſehr ſchwierige, und ich möchte nicht einmal behaupten, daß, wenn ſelbſt die Offerte auf telegraphiſchem Wege erfolgt wäre, die Antwort auf demſelben Wege erfolgen müſſe, um dem Requiſite der Ordnungsmäßigkeit und Rechtzeitigkeit zu entſprechen.

Doch ich ſchließe; denn das Weitere liegt außer dem Bereiche meiner Aufgabe.

Nachtrag.

Noch habe ich einer mir ſoeben erſt zu Geſicht kommenden Abhandlung von Ihering in ſeinen und Gerbers Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römiſchen und deutſchen Rechts Bd. IV. Heft 1 zu gedenken:

Ueber culpa in contrahendo oder Schadenerſatz bei nichtigen oder nicht zur Profection gelangten Verträgen.

Er ſtellt in derſelben das Princip auf:

Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene ſo auch für werdende Contractsverhältniſſe; eine Verletzung deſſelben begründet hier wie dort, die Contractsklage auf Schadenerſatz.

Ihering macht Den, der ſich einer Mittelsperſon, ſei es eines Boten, oder des Telegraphen bedient, ſchlechthin für die Zuverläßigkeit der erſteren verbindlich und ſtützt ſich dabei auf das von ihm ſpäter bei einer andern Gelegenheit nachzuweiſende Princip:

daß, wer eine Handlung, die ihm ſelſt obgelegen hätte, durch einen Andern ausführen läßt, ſchlechthin für die culpa, wer dagegen einen Andern zur Vornahme der Handlung nur auszuſuchen braucht, für deſſen culpa nur dann hafte, wenn ihn ſelbſt der Vorwurf der culpa in eligendo treffe.

Auffallend iſt es, daß Ihering den von ihm früher betretenen quellenmäßigen und darum allein richtigen Weg, nach

welchem er den Boten für ſein Verſehen dem Abſender allein für verantwortlich erklärt, (die cit. Jahrb. Bd. I. S. 280) jetzt verläßt und dieſe Anſicht Bd. IV. Heft 1 S. 53 um deswillen zurücknimmt, weil er die Haftpflicht des Boten nicht,[8]) wohl aber die des Abſenders zu begründen vermöge.

Gerade jene Haftpflicht des Boten (verſteht ſich, blos ſeinem Abſender gegenüber) ſcheint mir ganz zweifellos zu ſein, während Ihering die Haftpflicht des Abſenders für den durch unrichtiges Telegraphiren entſtandenen Schaden nicht zu begründen vermocht haben dürfte.

In den von ihm vorläufig S. 85 not. 88 zu Begründung ſeines Princips angeführten Geſetzen finde ich wenigſtens keinen Haltpunkt für daſſelbe.

In der L. 8 § 4 mand. (17. 1.) werden die Mitvormünder blos darum für haftpflichtig erklärt, quia emere debuerunt, d. h. nicht, weil ſie in Perſon hätten kaufen, ſondern, weil ſie ſich darum hätten bekümmern ſollen, daß ihr Beauftragter in Ausführung des Kaufes nicht ſäumig ſei. Bemerkten ſie dieſes, worauf Acht zu haben, ihre Schuldigkeit war, und ließen ſie den Kauf durch eine andere Mittelsperſon beſorgen, ſo hatten ſie ihrer Pflicht vollſtändig Genüge geleiſtet. Der ganze Schwerpunkt liegt darauf, daß Etwas, was beſorgt werden ſollte, gar nicht beſorgt worden iſt, nicht darauf, daß die cotutores in Perſon den Kauf hätten abſchließen ſollen.

Auch l. 25 § 7 D. locati (19. 2) enthält weiter nichts, als die Beſtimmung, daß der, welcher den Transport einer Säule übernimmt, nicht blos für ſeine eigene culpa, ſondern auch für die culpa Derer, denen er die Fortſchaffung derſelben überträgt oder die er hierbei als Gehülfen zuzieht, zu haften habe. Der hieraus zu ziehende Schluß iſt alſo blos der, daß die Eiſenbahnverwaltung für die culpa ihrer Beamten und Dienſtleute haften muß, nicht der, daß der Verſender einer Säule dieſelbe dem Empfänger in Perſon überbringen muß.

Auf ähnliche Weiſe verhält es ſich mit der l. 7 pr. Nautae

8) Das iſt doch jedenfalls nur ſo gemeint, daß ſich eine Haftpflicht des Boten dem Empfänger der Botſchaft gegenüber nicht begründen laſſe; denn der Bote iſt doch gewiß ſeinem Abſender aus dem Vertrage ſtets verantwortlich.

(IV. 9.) Sie verpflichtet den exercitor, für die Geſchicklichkeit ſeiner Leute zu haften, da er dieſe auf ſeine Gefahr zuziehe. Daraus folgt aber nicht, daß der, welcher einem Andern Waaren zu Waſſer überſendet, dem letztern für deren Empfang einſtehen müſſe, wenn das Schiff durch die culpa des Exercitor oder ſeiner Leute untergeht. Der Grund liegt nach l. 5 § 6 darin, weil der Exercitor ꝛc. aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur. Es iſt immer die culpa, die ihn haftpflichtig macht.

So auch beim Commodat. Daß dabei das von Jhering aufgeſtellte Princip nicht entſcheidend iſt, ſondern lediglich das Daſein oder Nichtdaſein einer culpa geht recht deutlich aus l. 20 D. commodati hervor, denn, wenn der Commodatar die Zurückgabe der Sache auch nicht ſelbſt bewirkt, ſondern einer ſolchen Perſon anvertraut, welche ſo zuverläßig iſt, daß Niemand hätte glauben ſollen, ſie würde ſich hintergehen laſſen, ſo trifft der Schaden den Commodans. Alſo nicht das Selbſtverrichten der Handlung, (die Vornahme derſelben in eigener Perſon) iſt das entſcheidende Criterium für die Verbindlichkeit zur Tragung des Schadens, ſondern die Anwendung oder Nichtanwendung der erforderlichen diligentia. Hieraus ergibt ſich, daß die Worte in l. 10, 11 D. commodati:

„non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit“

und in l. 20 § 2 — praesor. verb. (19. 5)

certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te opportere

nichts weiter ſagen wollen, als daß bei der Zurückgabe einer geliehenen oder zur Anſicht erhaltenen Sache durch einen Andern die größte Vorſicht anzuwenden ſei; der weitere Unterſchied aber, ob die Sache sui oder mei causa zurückgegeben wird, iſt ein dem Commodat ebenſo eigenthümlicher, als der, wenn daſſelbe lediglich den Nutzen des Verleihers bezweckte. Endlich finden die bei dem Commodat über die Uebernahme der Gefahr geltenden Grundſätze bei den Verträgen, bei welchen der andere Theil wenigſtens eine Vergütung erhält, keine Anwendung, l. 5 § 2

Commodati und die betreffenden Stellen eignen ſich ſonach nicht, um ein allgemeines Princip aus ihnen abzuleiten.

Ueberhaupt möchte ich bezweifeln, daß der römiſche Geſetzgeber je auf den Gedanken gekommen ſei, ein ſolches Princip anzuerkennen, und zwar einmal um deswillen, weil es einen unheilbaren Riß in das Syſtem der Stellvertretung gebracht haben würde und dann, weil es tauſenderlei Handlungen gibt, die ſich in Perſon nicht vornehmen laſſen, ohne durch die perſönliche Verrichtung den Andern einer größern Gefahr auszuſetzen, als wenn ihre Verrichtung einem dazu geeigneteren Dritten übertragen wird. Endlich, wie ließe ſich mit jenem Princip die Satzung vereinigen, daß der Mandant, auch wenn er das dem Mandatar aufgetragene Geſchäft ſelbſt verrichten konnte, dennoch nicht haftpflichtig wird, wenn der Mandatar die Gränzen ſeines Auftrages überſchreitet.

Und welches ſind die Handlungen, die Jemand ſelbſt obliegen? — Doch nur die, deren perſönliche Vornahme von ihm ausdrücklich oder ſtillſchweigend resp. verlangt oder vorausgeſetzt wird. Das paßt aber nicht auf den, der ſich des Telegraphen oder eines Boten zur Abſchließung eines Rechtsgeſchäfts bedient.

Aber ſelbſt aus dem von Ihering aufgeſtellten Principe folgt nicht die Haftpflicht des Abſenders des Telegrammes für ein von der Telegraphenverwaltung bei deſſen Ausfertigung begangenes Verſehen, und zwar darum nicht, weil ſich die nothwendige Prämiſſe nicht (rechtlich) begründen läßt:

daß dem Abſender des Telegrammes obgelegen hätte, ſtatt dieſes Weges den der mündlichen oder brieflichen Mittheilung einzuſchlagen, ſonach aber ihm das Recht bleiben muß, ſich eine Mittelsperſon zur Vornahme der in Frage ſtehenden Handlung auszuſuchen. Hier haftet er nun aber nach Ihering ſelbſt nur für eine culpa in eligendo, die lediglich dann vorhanden iſt, wenn der Gewählte unzuverläßig war und der Dritte dieſes nicht wußte.

Die Behauptung Iherings, daß, weil weder der Bote noch der Telegraph abſolute Gewißheit gewähren, die Mittheilung auf beiden Wegen ſchon an ſich eine culpa begründe, geht offenbar zu weit und beweiſet ſchon darum nichts, weil auch

die mündliche Mittheilung keine abſolute Gewißheit hervorbringt; denn ſonſt könnte es bei mündlich abgeſchloſſenen Verträgen nie zu Mißverſtändniſſen kommen, was doch ein häufiger Fall iſt.

Alles reducirt ſich ſonach auf die Frage:

Ob der Telegraph ein zuverläßiges Communicationsmittel iſt?

Daß er in der That ein ſolches iſt, läßt ſich bei der jetzigen Vervollkommnung der Telegraphie kaum mehr bezweifeln; daß er aber auch als ſolches anerkannt iſt, dafür hat ſich alle Welt, insbeſondere der Handelsſtand und ſogar der Staat entſchieden, der ſich deſſelben in den wichtigſten Angelegenheiten bedient; er iſt ein zum Betriebe und Gedeihen des Handels, ſowie zur Erreichung vieler andern Zwecke unentbehrliches Mittel, und wird ein ſolches immer bleiben.

Noch mehr. Derjenige, welcher durch den Telegraphen einen Auftrag ertheilt, ſowie derjenige, welcher ihn ohne Weiteres ausführt, erkennt den telegraphiſchen Weg ſelbſt als einen zuverläßigen an und letzterer genehmigt ſtillſchweigend die Wahl dieſes Weges dadurch, daß er die Depeſche ausführt. Es muß daher auf das Beſtimmteſte beſtritten werden, daß Der, welcher ſich zu Willenserklärungen des Telegraphen bedient, ſich dadurch allein ſchon einer culpa ſchuldig mache; ohne culpa iſt aber in und außer Vertragsverhältniſſen eine Pflicht zum Schadenerſatze nicht denkbar. Auch der telegraphiſche Verkehr wird durch verpflichtete Beamten beſorgt und ſteht unter der Oberaufſicht des Staates, ein Verſehen in der Ausfertigung der Depeſchen gehört zu den größten Seltenheiten, und Verſehen kommen auch bei den Poſtanſtalten vor. Wer wollte dieſe aber deshalb der Unzuverläßigkeit beſchuldigen? Daß dieſe Erſatz leiſten, jene aber nicht, gewährt wohl eine größere Sicherheit, ſtempelt aber den telegraphiſchen Weg nicht zu einem unzuverläßigen.